

O SISTEMA CIVIL DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA REALIZAÇÃO DO DIREITO

(E SUA CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS INSPIRADORES DO PROCESSO CIVIL E COM OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS)

*Karla Padilha Rebelo Marques

Presta-se o presente trabalho a testar a compatibilidade jurídica da Ação Civil de Confisco, de matriz anglo-saxônica, com os sistemas jurídicos português e brasileiro, na busca de resultados satisfatórios e em tempo razoável, no que concerne à expropriação de bens produto de atividades criminosas, sem violação a garantias constitucionalmente asseguradas. Para tanto, procede-se a um cotejo entre os princípios processuais civis e a ritualística da referida Ação, a partir de uma concepção de atuação desvincilhada do processo penal de aferição de culpa e responsabilidade subjetiva. Trata-se de construir novos paradigmas, a partir de conceitos como verossimilhança, inversão do ônus da prova e presunção *juris tantum* da origem ilícita de patrimônio, que não exigem certeza acima de qualquer dúvida razoável, no âmbito de um processo civil autônomo, sem se descurar das diretrizes internacionais que sinalizam para a pertinência do tema e para a conveniência de alterações legislativas que possam inseri-lo objetivamente na pauta dos sistemas jurídicos de *civil law*.

Palavras-chave: Ação Civil de Confisco; princípios processuais civis; presunção da origem ilícita de bens; inversão do ônus da prova; juízo de verossimilhança; independência das searas penal e civil; direito de propriedade; devido processo legal.

* Promotora de Justiça (Alagoas/Brasil). Mestre em Direito-Universidade Federal de Pernambuco. Doutoranda em Direito-Universidade de Coimbra.

1. Introdução

Na busca de uma maior efetividade na consecução de resultados práticos que possam repercutir no refreamento da criminalidade organizada, que não raro lança mão de subterfúgios para o branqueamento do capital ilicitamente obtido, surgem novas perspectivas que se prestam a alcançar os produtos e resultados lucrativos das atividades delitivas mais graves, e que, não raro, são agregados ao patrimônio dos agentes infratores. Com isso, instaura-se um processo de retroalimentação da criminalidade, na medida em que os atores envolvidos se municiam de meios financeiros e eficazes para a viabilizar a procrastinação dos autos que tramitam na seara penal, com chances remotas de efeitos que realmente venham a atingi-los e causar-lhes prejuízos concretos.

Assim, no mais das vezes, apesar do curso de uma Ação Penal, os réus permanecem a usufruir dos ganhos patrimoniais obtidos com o crime, lançando mão de estratégias para tornar tais bens, o quanto possível, afastados da atividade delitiva, não raro atrelados a "laranjas", reduzindo-se as reais chances de se atingir tal patrimônio ao final, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse viés, o sistema posto permite que os criminosos façam uso das vantagens do crime com desenvoltura, em face das dificuldades práticas ordinariamente opostas para o alcance efetivo dos ganhos auferidos através das condutas ilícitas perpetradas, sobretudo quando se encontram registrados em nome de terceiros.

Na Europa, no Brasil e, em regra, nos países de *civil law*, todo o processamento afeto à expropriação dos produtos da atividade delitiva se dá em sede de consectário de um processo criminal, dotado de todas as garantias imanentes a uma sistemática que não pode prescindir da comprovação irretorquível da responsabilidade subjetiva do agente e, em última análise, do vínculo do bem com a prática criminosa. As estatísticas são desanimadoras e os entraves processuais revelam-se frequentes. Alguma coisa vem sendo feita, como os mecanismos

que já prevêem a "perda alargada"¹, inclusive em Portugal, bem como, os diversos regramentos contidos em Diretivas e outros documentos de alcance transnacional, sobretudo no âmbito da União Europeia, os quais apontam para uma nova linha de enfrentamento do problema, quando se trata da criminalidade grave, como a relativa ao tráfico ilícito de entorpecentes e à lavagem ou branqueamento de capitais.

O que pretende este trabalho é discutir a viabilidade jurídica de se implementar, de *lege ferenda*, uma nova espécie de Ação Civil - *A Civil Forfeiture* - que se presta a inaugurar outras possibilidades que parecem se revelar mais eficazes e com capacidade real de viabilizarem a verdadeira realização da justiça, desde que tal mudança de paradigmas não venha a importar na violação aos primados básicos que regem o processo civil pátrio e, em última análise, aos princípios e garantias constitucionalmente assegurados, cuja proteção e tutela incumbe a todo operador do direito.

A relevância do tema é inconteste, apesar da escassa bibliografia sobre a matéria. Trata-se de buscar novas perspectivas que se prestem a oferecer outros horizontes, a partir de experiências colhidas do direito comparado, capazes de implicar em processos de otimização de resultados práticos voltados à realização da justiça, especificamente quando se está a tratar do sistema jurídico como um todo, bem como, do ideário de combate à criminalidade e de construção de uma sociedade mais justa e solidária. O presente trabalho será desenvolvido a partir da análise da Ação já em vigor no sistema anglo saxônico (*Civil Forfeiture*), sua conformação e estrutura, calcada na construção de uma convicção jurisdicional firmada a partir de um juízo de verossimilhança. Igualmente, serão avaliados documentos normativos internacionais que se prestam a apresentar caminhos voltados ao combate à criminalidade internacional e à cooperação entre Nações, sobretudo no âmbito da União Europeia, a fim de que se analise se o ambiente se revela favorável à adoção da nova sistemática processual civil objeto do presente estudo.

Também o Brasil será palco de análise, através das diretivas da ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos, bem como, por meio do

¹ Lei n° 5/2002.

projeto de lei em curso no Congresso Nacional (Poder Legislativo Federal), que igualmente trata do tema. Finalmente, a abordagem será voltada às condições da ação, na seara do processo civil, em relação à Ação Civil de Confisco.

Depois será a vez de um enfoque principiológico, que tentará analisar em que medida os contornos atualmente emprestados ao processo civil se revelam consentâneos com a nova Ação Civil em enfoque. Nesse particular, insere-se o princípio da inversão do ônus da prova e da livre apreciação do acervo probatório pelo juiz, com forte incidência na Ação estudada, de perfil anglo-saxônico. Por fim, serão tecidas observações a título de considerações finais, que se prestam a traçar delineamentos, os quais, sem pretensões de verdade absoluta ou ainda que não definitivos, propõem-se a apresentar novos caminhos e possibilidades, a partir do sistema jurídico vigente, que melhor possam atender às expectativas de toda a sociedade, verdadeira destinatária da produção legislativa posta e, em última análise, credora de uma atuação estatal eficaz e voltada à realização dos primados catalogados na Carta Magna do país.

2. O SISTEMA NCB (*Non Conviction Based Asset Forfeiture* ou *Civil Forfeiture*) e o direito de propriedade

Mais visível no direito anglo saxônico, refere-se a um processo de natureza civil (*Civil Forfeiture*) que se presta a obter a recuperação de bens de origem ilícita, em favor do Estado. Trata-se, isto posto, de Ação de iniciativa do Poder Público, instaurada em face do bem, com base num *standard* de prova de *balanço de probabilidades* ou de *preponderância das probabilidades*. Noutras palavras, está-se diante de um confisco civil, judicialmente pleiteado pelo Estado, dirigido contra a propriedade - e não contra o transgressor. Altera-se, pois, toda a lógica que assiste aos processos judiciais na seara criminal², fundados que estão na culpa e no

² Abandona-se um modelo que se presta à perda patrimonial "*in personam*", ou seja, com escora no agente criminoso e em sua responsabilidade penal, adotando-se uma nova perspectiva, consistente em uma ação civil ajuizada "*in rem*", ou seja, em função da coisa, exonerada, portanto, dos primados que norteiam um processo penal, inspirados na ideia de um fato típico e ilícito. In RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, p. 269.

elemento subjetivo de responsabilidade, somente configurável através da comprovação do dolo ou da negligência, como se denomina no direito português, correspondente à culpa *strictu sensu*, nomenclatura utilizada no direito brasileiro.

Seu fim é obter o perdimento da coisa³, inspirando-se na *prevenção patrimonial* e na *perigosidade do patrimônio*. Fundamenta-se tal Ação Civil na suposta violação às regras de um Estado Democrático de Direito, com repercussões negativas no equilíbrio da economia de mercado. Nas Américas do Sul e Central, pode-se falar em **Ação de Extinção do Domínio**. Destaque-se, neste particular, os procedimentos formalmente instituídos na Colômbia, Cuba, Costa Rica e México.

No primeiro caso, através da *Resolución* n ° 0559, de 28.04.2008, instituiu-se mecanismo de alienação de bens com extinção de domínio integrantes do FRISCO - *Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado*, composto dos bens em relação aos quais há decisão judicial executória⁴ de extinção de domínio. Naquele país, um dos grandes problemas são os cartéis, que disseminam a violência e produzem uma riqueza não condizente com o país e com as atividades comuns⁵. Já na Costa Rica, tem-se a Lei contra a Delinquência Organizada n° 8754/09⁶, que prevê a possibilidade de confisco civil quando há aumento de capital de qualquer funcionário público ou pessoa de direito privado, física ou jurídica, sem causa lícita aparente, que pode retroagir a até 10 (dez) anos. Sua tramitação é célere e prioritária, com incidência da inversão do ônus da prova, tendo o acusado prazo razoável para

³ Há quem sustente que, apesar de uma ainda tímida aplicabilidade prática nos países da *civil law*, suas raízes remontariam à lei anti-máfia italiana.

⁴ A lei de extinção de domínio colombiana prevê a expropriação e perda de bens nos casos de aumento injustificado de patrimônio ou quando recursos ou bens são adquiridos, direta ou indiretamente, através de atividades ilícitas. O processo dura entre 06 meses e um ano, no máximo. Apesar de alguns problemas internos que enfrentou, é hoje tida como modelo a ser seguido por outros países da América Latina. In LOPES, Nilza Teixeira Rodrigues. *Medida de combate ao crime organizado: ação civil de extinção de domínio, uma análise do direito comparado*. Dissertação apresentada ao programa de pós graduação *strictu sensu* em Direito internacional econômico da Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2012, p. 61.

⁵ Em relação à Ação Civil de Extinção do Domínio, vigentes as *Leyes* 785 e 793, de 27.12.2012, além da *Ley* 365, de 21.02.1997.

Disponíveis em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2530&Itemid=27>. Acesso em: 03.01.2014.

⁶ No referido diploma legal, a partir do *artículo 20*, há previsão de medida cautelar de sequestro e indisponibilidade de bens.

apresentar lastro lícito que possa justificar seu acervo patrimonial.

Quanto ao México⁷, o foco se cinge, prioritariamente, da mesma forma que na Colômbia, na expropriação de bens obtidos através do tráfico ilícito de entorpecentes. A Ação Civil há de ser julgada por juízes especializados em extinção de domínio e deve ser intentada pelo Ministério Público, com caráter real e conteúdo patrimonial, havendo que incidir em desfavor do bem⁸, independentemente de quem o tenha em seu poder ou o haja adquirido. A Ação Civil se processa totalmente desvincilhada de eventual ação criminal⁹ que apure a responsabilidade do agente e, nesses casos, é imprescritível. Em Cuba, a matéria é disciplinada através do Decreto *Ley* nº 232, de 21.01.2003¹⁰, e sua ementa refere-se a bens obtidos através de drogas, corrupção e outros comportamentos ilícitos¹¹. Em suas considerações iniciais, tal diploma normativo repudia comportamentos que configurem enriquecimento ilícito obtido em detrimento do bem-estar comum. Trata-se de confisco obtido através de procedimento contencioso administrativo civil, sendo que aos bens expropriados deverá ser conferido, em curto espaço de tempo, o destino julgado mais útil, sob o ponto de vista econômico-social.

De forma geral, os maiores questionamentos no que concerne à constitucionalidade e compatibilização do referido instrumento processual civil com o direito material e processual interno, sobretudo nos países de *civil law*, circunscreve-se a questões como a inversão do ônus da prova, consistente na imposição ao réu (ou ao titular da **coisa** - verdadeiro réu) do dever de provar a origem lícita dos ativos cuja perda se propõe perante o juízo civil. É certo que não se pode prescindir da circunstância de que referidos bens, em relação aos quais eventualmente seja ajuizada tal modalidade de Ação Civil, estejam associados a uma presunção

⁷ *Ley Federal de extinción de dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada no Diário Oficial de 29.05.2009.

⁸ De acordo com o detalhamento descrito no *Artículo* 8 da mesma *Ley Federal*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

⁹ Conforme *Artículos* 7 y 10 da referida *Ley*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

¹⁰ Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

¹¹ No texto do referido diploma legal (Capítulo I, artículo I, alínea b), observa-se que tais comportamentos ilícitos dizem respeito ao proxenetismo, prostituição, pornografia, corrupção de menores, tráfico de pessoas e outros crimes

fática que sugira sua origem ilícita, vale dizer, a uma nuvem de fumaça que aponte para a sua provável obtenção através de práticas delitivas: daí emerge a legítima pretensão do Estado, quando intenta recuperar tais bens ou, noutras palavras, expropriá-los de quem eventualmente os haja adquirido através de atividades dissociadas no sistema jurídico vigente, como proveito do crime ou dele consecutório, em alguma medida.

Nesse espectro de abrangência, inserem-se os bens obtidos da lavagem de ativos ou do branqueamento de capitais¹², na medida em que, de alguma forma, malgrado hajam sido adotadas manobras tendentes a ocultar sua origem ilícita, na prática resultaram sinais plausíveis de que tais bens se encontram contaminados pela ilicitude. *Ab initio*, é preciso que se parta do pressuposto da independência das instâncias civil e penal de processo e julgamento¹³, já que, na espécie de Ação judicial de que ora se cuida, não se está a tratar de aplicabilidade de pena acessória, tampouco de efeitos da pena. O cerne da ação consiste, como dito alhures, em se obter, em favor do Estado, o perdimento de bens cuja origem ilícita resta verossímil.

Sob o ponto de vista pragmático, a ideia da efetividade de tal espécie de Ação se revela na possibilidade de mais concretamente se poder obter o *asfixiamento econômico* do criminoso¹⁴, através da apreensão dos bens, produtos e instrumentos decorrentes da atividade ilícita, seja ela atual ou pretérita, colimando-se com sua perda ou confisco em prol do Poder Público. *A mens* de tal modalidade de Ação de cunho civilista centra-se, justamente, na ideia de que se revela necessário - ou, melhor ainda - constitui dever inafastável do Estado adotar medidas

correlatos. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

¹² Que, em regra, encontra-se associado a outros crimes maiores como a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

¹³ Em um caso concreto, no direito inglês, onde se prevê um processo administrativo para perdimento dos bens de origem supostamente criminosa, tratando-se dos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas operada no Reino Unido, Portugal e Espanha, já decidiu a Suprema Corte que a hipótese revela procedimento apartado do rigor probatório do processo penal respectivo (*less restrict burden of proof*), com abrandamento das regras aplicáveis ao processo criminal, seara adstrita aos critérios de culpa e responsabilidade penal. E ainda, que o resultado do processo criminal não se revela decisivo para o processo de cunho civilístico voltado ao confisco dos bens. *In Gale and another v. SOCA (Serious Organised Crime Agency)*, 26.10.2011. Michaelmas Term [2011] UKSC 49 *On appeal from: [2010] EWCA Civ 759*, item 57, p. 23.

¹⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: da perda ampliada à *action in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009, p. 02.

que se prestem, em última análise, a minimizar quaisquer vantagens ou benefícios patrimoniais¹⁵ oriundos de atividades ilícitas e, por outra, a descapitalizar aqueles que se ocupam ou locupletam de práticas criminosas, lançando-se mão, em última análise, de um mecanismo de prevenção geral¹⁶ em relação à prática delitiva¹⁷.

Fala-se na contaminação de um patrimônio, decorrente de sua associação a uma conduta ilegal. Ocorre que, para efeito de comprovação de tal contaminação, hão de ser postos em prática padrões de prova consentâneos com o sistema processual civil, vale dizer, pautados por um rigor probatório inferior à prova "acima de qualquer dúvida razoável"¹⁸, assim exigível em matéria penal, até porque não se está a tratar de medidas que resultem na possibilidade de restrição do direito à liberdade, pedra fundamental da ciência criminal punitiva.

De fato, no processo penal, para que, ao fim e ao cabo, possa se falar em procedimentos voltados à expropriação de bens oriundos do crime, há de se dispor de sentença definitiva - transitada em julgado - em que se ateste a responsabilidade criminal do agente, ainda que providências cautelares tenham sido utilizadas para evitar a perda ou o desaparecimento da coisa. Assim, o que se propõe testar é a possibilidade de utilização de um juízo de proporcionalidade, a ser aplicado em sede de um processo civil em face da coisa, em que se presume a origem ilícita do bem, por diversas circunstâncias que o caso *in concreto* encerra e aponta - inclusive a proximidade com alguma prática delitiva grave - presunção essa *juris tantum*, passível, portanto, de ser contraditada ou elidida, através da comprovação da origem lícita da coisa cujo confisco se pleiteia, por quem invoque sua titularidade¹⁹.

¹⁵ RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., p. 268.

¹⁶ Ainda que situado fora do microsistema do direito penal, substantivo ou adjetivo.

¹⁷ É certo que tais ações, na prática, somente se revelarão razoáveis na medida em que se prestem a recuperar ativos decorrentes de crimes graves, restando inadequadas quando se estiver a tratar de delitos mais leves. In SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p. 03.

¹⁸ RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., p. 269. Em igual linha de pensamento: CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). In Revista Português de Ciência Criminal. Ano 21, nº 2, Abril-Junho 2011, Coimbra ed., p. 268.

¹⁹ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p. 06. Afirmam ainda os mesmos autores: "O recurso a estas presunções é baseado no princípio de que quem dá razoáveis motivos para fazer crer que se sustenta através do crime deve ser chamado a prestar contas do seu próprio patrimônio e deve ser sujeito a confisco nos

Há de se observar, ademais, que o princípio da presunção de inocência e todos os reforços probatórios que o acompanham somente não de merecer ampla tutela no âmbito do processo criminal, inspirado que é em primados de cunho garantístico mais estreitos e, isto posto, em face de um réu (acusado), na salvaguarda do seu direito fundamental de ir e vir (direito à liberdade). Doutra banda, quando se está a falar de um processo de cunho civilístico, instaurado em face da coisa (confisco *in rem*), não há como se invocar tal princípio em defesa da propriedade, ou seja, em virtude de bens ou haveres²⁰.

Tem-se, *ab initio*, que o direito de propriedade não é absoluto, e há de ceder ante outros interesses públicos relevantes. O art. 62º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão *inter vivos* ou *post mortem*, nos termos previstos na referida Carta Constitucional. Nesse sentido, sua legitimidade e oposição somente pode ser pautada em face de terceiros quando demonstrada sua origem lícita, decorrente de um processo de aquisição de propriedade plasmado em princípios constitucionais e legais.

Na Constituição brasileira, o direito à propriedade é garantido no *caput* do art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que o inc. LIV do mesmo dispositivo legal prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, topologicamente, parece que o direito brasileiro reconhece o direito à propriedade privada como fundamental. Já no sistema jurídico português, a matéria restou amplamente discutida no âmbito da 11ª Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal, que discorreu acerca do direito de propriedade.

De acordo com o Relatório que analisa a temática segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, malgrado se situe tal direito no rol dos direitos e deveres económicos (e não dos direitos, liberdades e garantias), referida opção legislativa, apesar de desvestida de neutralidade, não subtrai do direito de propriedade, pelo menos "*in toto*", a

limites da sua incapacidade de justificar a origem lícita do mesmo".

²⁰ Assim já decidiu o Tribunal Supremo italiano, conforme anotam os autores. Vai mais além referida decisão invocada, quando também afirma que não se trata de inversão do ônus da prova, mas sim de "ônus de alegação", inserida no espectro do direito à defesa, *In SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p. 08-09.*

natureza, força jurídica e estrutura que lhe são tradicionais, de um direito fundamental de defesa²¹, havendo, por conseguinte, que se lhe reconhecer a condição de direito análogo²² aqueles constantes do rol de direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, não se pode deixar de considerar a necessidade de que tal direito, de perfil relativo e não mais absoluto (como de resto restou tradicionalmente concebido, no âmbito das Constituições Liberais), seja confrontado²³ com outros direitos sociais e econômicos antagonistas ou concorrentes e igualmente reconhecidos pelo Texto Constitucional, que denotem direitos coletivos ou gerais potencialmente contrastantes com o direito de propriedade privada²⁴.

Ainda mais ilegítima será a propriedade quando, no caso concreto, suscitada a suspeita da origem inidônea de determinado bem ou valor, seu detentor ou eventual terceiro que se habilite nos autos não consiga demonstrar de modo minimamente satisfatório que tal bem haja advindo de uma atividade lícita qualquer, ou por herança ou doação ou outro meio juridicamente adequado de aquisição de propriedade. Nessa perspectiva, a equiparação do direito de propriedade às liberdades, garantias e direitos fundamentais capitulados no Texto da Constituição Portuguesa cinge-se exclusivamente à dimensão do núcleo essencial²⁵ de tal direito, ou seja, à reafirmação de que ninguém pode ser privado de sua propriedade privada de forma arbitrária, conforme jurisprudência assente sobre a matéria²⁶.

²¹ In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 3-4.

²² Consoante art. 17º da CRP.

²³ Conf. Acórdão 723/2004, do TC Português.

²⁴ Tal direito, nesse sentido, há de ser analisado à luz "*da incidência de valores, tarefas e objectivos programáticos do Estado de direito democrático – com destaque para os da “realização da democracia económica, social e cultural” (art. 2º da CRP) e da promoção da “igualdade real entre os portugueses” (alínea d) do art. 9º – de que decorrem exigências conformadoras e limitativas do direito do titular*". In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 3-4.

²⁵ O que nos remete ao quanto disposto no art. 18º, nº 3, da Constituição Portuguesa.

²⁶ Conforme Acórdão 159/2007. In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal

2.1. O julgamento de mérito construído a partir de um juízo de verossimilhança no processo civil americano para confisco de bens de origem supostamente ilícita

Nos Estados Unidos, inúmeros são os julgados em que o Estado resulta vencedor em Ações dessa natureza, com base na sistemática explicitada alhures. Observe-se que o sujeito de direito público, na condição de parte autora, aciona a coisa (bem material, móvel ou imóvel ou recursos financeiros), com o fim de lhe obter a expropriação, após a análise do caso concreto pela autoridade judiciária, com base nos elementos de prova coligidos *ab initio* ou posteriormente produzidos, durante a instrução probatória. Referido processo inspira-se no princípio da *tutela provisória da aparência*, mas sem descurar do dever de se buscar a verdade, com base nos meios e elementos trazidos ao processo pelas partes. Exige-se que a propriedade ou outra espécie de bem, que figure no polo passivo (*defendant property*) seja descrita com razoável particularidade²⁷.

Tratando-se de bem tangível, deve haver indicação de sua localização, sem prejuízo da referência ao estatuto (regramento) com base no qual se pleiteia o confisco²⁸. Finalmente, há de ser feito um detalhamento suficiente dos fatos já na inicial, apto a imprimir uma crença razoável²⁹ de que o Estado será capaz de se desincumbir do ônus da prova, nos moldes exigidos nessa espécie de Ação³⁰, até final julgamento. As decisões³¹ prolatadas deixam

Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 19.

²⁷ Civil Action Nº 04-0798 - U.S. v. *all assets held at Bank Julius Baer & Company, Ltdl, Guernsey Branch, Account Number 121128, in the name of Pavlo Lazarenko last valued at approximately \$2 million in United States dollars, et al.* Disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/lazarenko_ruling.pdf>. Acesso em: 12.12.13, p. 24.

²⁸ Idem, p. 24

²⁹ Nesse sentido: Civil Action Nº 89-3769. U.S. v. One 1987 Mercedes 560 Sel. Diz a decisão: "*This evidence goes beyond a mere suspicion. When evaluating whether a forfeiture is proper under a statute, the evidence must be judged not with clinical detachment but with a common sense view to the realities of normal life*". Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/19901246919F2d327_11177>. Acesso em: 12.12.2013, p. 3.

³⁰ Civil Action Nº 04-0798 - U.S. v. *all assets held at Bank Julius Baer & Company, Ltdl, Guernsey Branch, Account Number 121128, in the name of Pavlo Lazarenko last valued at approximately \$2 million in United States dollars, et al.* Disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/lazarenko_ruling.pdf>. Acesso em: 12.12.13, p. 24-5.

³¹ Civil Action Nº 91-2382SD - U.S. v. One parcel of property located at 508 Depot Street,... South Dakota. Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/19921778964F2d814_11654> Acesso em: 12.13.2013, p. 2.

claro que o nível de prova exigível na Ação Civil de Confisco é maior do que a mera suspeita, entretanto menor do que a prova *prima facie*. Noutras palavras, o Estado suporta o ônus inicial de apresentar uma causa provável³², com base em motivos razoáveis, de que a propriedade objeto da Ação teria sido utilizada ou destinada a utilização para fins proibidos. A *contrario sensu*, se irrefutável, a demonstração da provável causa da origem ilícita da coisa, por si só, sustentará a viabilidade do confisco³³. Isso quando se logra demonstrar uma conexão suficiente entre a conduta proibida (na seara criminal) e a coisa cuja expropriação o Estado pleiteia.

Não se exige, portanto, evidências, mas fatos individualizados (ao invés de acusações genéricas) que possam conferir suporte às alegações aventadas na inicial. Tais indícios de prova, por certo, hão de advir não raro do processo penal respectivo, que possui objeto absolutamente distinto, mas que guarda relação fática com o quanto discutido nessa espécie de Ação Civil. Como se pode defluir, é o caso concreto que irá ditar se os elementos de prova constantes dos autos se revelam suficientes para demonstrar a verossimilhança das alegações do autor, de modo a justificar o confisco pleiteado. É certo que tais exigências impostas ao Estado se prestam, justamente, a evitar excessos ou impropriedades, sobretudo tendo-se em conta a natureza drástica e os consectários dessa espécie de Ação. Trata-se, *in casu*, de garantir vigência ao instituto do devido processo legal³⁴ contra o uso impróprio de tais remédios legais.

Nas decisões prolatadas nessa espécie de Ação, aflora a preocupação de que o confisco pleiteado atenda adequadamente aos preceitos afetos à atividade jurisdicional, incluindo-se a executoriedade da decisão e a probabilidade razoável de notificação de eventuais interessados na propriedade³⁵. Nesse sentido, somente haverá de se pleitear o confisco de bens

³² Idem, p. 2. No mesmo sentido: Civil Action N° 89-3769. U.S. v. One 1987 Mercedes 560 Sel. Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/19901246919F2d327_11177>. Acesso em: 12.12.2013. Diz a decisão: "based upon an analysis of Jones's tax returns and normal living expenses, the DEA determined that this money could not have been accumulated as savings.", p. 1.

³³ Idem, p. 2.

³⁴ Idem, p. 26.

³⁵ Civil Action N° 966, Docket 94-6179. U.S. v. *all funds on deposit in any accounts maintained in the names of Meza or De Castro*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300391.html>>. Acesso em: 12.12.13, p. 3.

sujeitos à jurisdição de quem profira a decisão³⁶, o que implica no respeito à soberania dos Estados e, por conseguinte, às suas legislações internas, salvo se houver acordo de mútua cooperação internacional entre os países que preveja tal espécie de procedimento, em relação à apreensão, confisco e remessa (transferência) de bens relacionados a atividades criminosas.

Registre-se também discussões que invocam a violação, por essa espécie de Ação, da Emenda Constitucional nº 05, da Carta Constitucional Americana (*Bill of Rights*), especificamente quando trata da obrigatoriedade de incidência do princípio do devido processo legal e da vedação do *bis in idem*, tendo sido decidido³⁷ que tais Ações Civis não estariam a malferir referida Emenda, na medida em que a legislação aplicável à espécie, em sua essência, somente pretende "penalizar" pessoas envolvidas de forma significativa em práticas criminosas.

2.2. As normativas legais, constitucionais e internacionais que apontam para a viabilidade dessa mudança de paradigmas, no ambiente de sistemas jurídicos de *civil law*

Em Portugal, não se pode deixar de mencionar a Lei nº 5/2002, que institui a "perda alargada", quando estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, instituindo um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa a diversos crimes graves associados à criminalidade económica, inclusive o branqueamento de capitais. A leitura dos art. 7º e seguintes do referido diploma legal revela que o procedimento de liquidação, a ser ajuizado pelo Ministério Público para fins de perdimento de bens, respalda-se na presunção *juris tantum*³⁸ da origem ilícita daquela parcela do património do condenado, consistente na diferença entre o seu património real e aquele compatível com seu rendimento **lícito**. Referida presunção, salvo melhor juízo, constitui

³⁶ *Idem*, p. 6.

³⁷ Civil Action U.S. Coin & Currency, 401 U.S. 715 (1971). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/715/>>. Acesso em: 12.13.2013, p. 1.

³⁸ Lei 5/2002 - Art. 9º - 3. *A presunção estabelecida no número 1. do art. 7º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos com rendimentos do arguido no período referido na alínea anterior.*

verdadeira **inversão do ônus da prova**, justamente o que se extrai da sistemática ínsita ao procedimento que ora se busca transplantar do direito anglo-saxônico.

Há ainda que se reportar à Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI, do Conselho, transposta para o direito português através da Lei nº 25/2009, que trata da emissão de decisão de apreensão e execução de bens ou elementos de prova no âmbito da União Europeia. Também a Decisão-Quadro nº 2005/2012/JAI³⁹, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, para além do reconhecimento do instituto da "perda alargada" (art. 3º, item 1. da referida Decisão), estabelece, no item 4. do mesmo dispositivo, que os Estados-Membros podem fazer uso de procedimentos não criminais voltados à destituição dos bens do agente delitivo.

Finalmente, a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, transposta para a ordem jurídica interna através da Lei 88/2009, que trata da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda e, ainda, a Decisão 2007/845/JAI, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens, com o objetivo de se detectar mais rapidamente todos os bens provenientes de atividades criminosas, no âmbito da União Europeia.

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional, ratificada em Portugal através do Decreto Presidencial nº 19/2004, de 02.04.2004⁴⁰ estatui, em seu art. 12º, nº 7 que:

"Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infracção demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais."

Por outro lado, o item 7 do art. 5º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, datada de 19.12.1998⁴¹, em Viena, estabelece que⁴²:

³⁹ Jornal Oficial da União Europeia, ed. 15.03.2005, p. 51.

⁴⁰ Diário da República I Série A, nº 79, p. 2.080 e ss.

⁴¹ Aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991 (promulgado pelo Decreto Presidencial nº 154/1991), e com vigência internacional a partir de 11.11.1990.

"as partes podem considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam"

Finalmente, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16.05.2005 e aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República nº 82/2009⁴³, estatui, em seu art. 3º, nº 4 que cada Estado deverá⁴⁴ adotar medidas legislativas ou de outra natureza que se revelem necessárias para, em face de uma séria ofensa à lei nacional, um acusado demonstrar a origem dos bens sujeitos ao confisco, tudo de acordo com os princípios vigentes na legislação interna.

Observe-se que no referido diploma internacional⁴⁵ se define o objetivo preponderante do confisco realizado, quando solicitado por um Estado a outro, através de mecanismos de cooperação mútua, consistente na restituição do produto do crime ou dos bens confiscados ao Estado Parte requerente, a fim de que se possam indenizar as vítimas da infração ou restituir o produto do crime aos seus legítimos proprietários. Igual redação possui o art. 31.8. da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁴⁶, quando trata da possibilidade dos Estados Partes de exigirem do delinquente a demonstração da origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, tudo de acordo com os regramentos processuais nacionais aplicáveis à espécie.

Portugal também integra o GAFI - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e acolhe suas Recomendações, havendo que se destacar as Recomendações nº 3 e 38, que tratam do confisco de bens de origem ilícita. Da mesma forma, vale registrar as conclusões

⁴²É certo que, no item 9. do mesmo dispositivo, é igualmente ressaltada a necessidade de respeito ao direito interno de cada um dos Estados, no que concerne à forma de definição e execução de tais medidas.

⁴³ Diário da República, 1ª série, nº 166, de 27 de Agosto de 2009, p. 5.647 e ss.

⁴⁴ Observe-se que o texto fala em "*shall adopt*", o que parece uma diretiva, e não uma mera faculdade ofertada aos Estados para adotar as medidas que forem julgadas necessárias, claro que, em cada caso, respeitando-se a escolha dos meios e o sistema normativo interno de cada País. Entendendo se tratar de mera possibilidade conferida ao legislador de cada Estado: CAEIRO, Pedro, Op. cit., p. 290.

⁴⁵ art. 14.-2.

⁴⁶ Promulgada no Brasil através do Decreto nº 5.687/2006

do Conselho da União Europeia, datadas de 28.05.2010 que, para além do instituto da perda alargada, sugerem à Comissão e aos Estados-Membros que:

1) considerem, com base em novos estudos, formas de reconhecimento e sistemas de confisco não baseados em condenação nos Estados-Membros que ainda não disponham de tais sistemas, e em especial que examinem, no âmbito do reconhecimento mútuo, formas de execução, nesses Estados-Membros, de decisões de confisco não baseadas em condenação.

2) realizem um estudo pormenorizado das circunstâncias particulares em que pode ser prestada assistência às jurisdições que utilizam sistemas de confisco não baseados em condenação.

Não se pode, igualmente, deixar de mencionar o Parecer do Comitê das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal (2012/C 391/14), publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 18.12.2012, o qual, no âmbito das recomendações políticas, estabelece em seu item 38. que:

"em conformidade com o princípio da subsidiariedade, a presente proposta deixa, então, aos Estados a decisão de incluir ou não o confisco não baseado numa condenação, desde que estejam em condições de demonstrar que a sua legislação também é eficaz e não se oponham ao princípio do reconhecimento recíproco."

Como se depreende, diversas são as proposições, de alcance internacional, que apontam para a possibilidade de adoção de mecanismos voltados ao confisco de bens associados a práticas criminosas, na seara civil.

2.3. A ENCCLA e o projeto de lei em curso no Brasil

De fato, uma das metas mais ousadas da ENCLA de 2005 (hoje ENCCLA⁴⁷, pela inclusão, desde 2007, do termo "corrupção" à sigla), foi a de número 14, consistente na

⁴⁷ Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos. Trata-se de um mecanismo, criado em 2003 pelo Ministério da Justiça brasileiro, de articulação conjunta entre os órgãos que trabalham com a fiscalização, controle e a inteligência nos três Poderes da República, Ministérios Públicos e com a participação da sociedade civil, visando otimizar a prevenção e o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no país. Atualmente, cerca de 60 órgãos e entidades integram a ENCCLA, dentre os quais a Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Comissão de Valores Mobiliários, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Banco Central do Brasil, Advocacia Geral da União, dentre tantos outros. Durante as reuniões periódicas realizadas são elaboradas metas e

elaboração de anteprojeto de lei que pudesse instituir Ação Civil voltada ao perdimento de bens de origem ilícita. Tal assunto voltou a ser reforçado através da Ação 03 da ENCCLA 2010⁴⁸ e, posterior e finalmente, por meio da Ação 16 da ENCCLA 2011, que culminou com a elaboração, propriamente dita, do almejado anteprojeto. Nesse sentido, restou confeccionado o referido Projeto de Lei⁴⁹, disciplinando a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio (ou de perdimento de bens), inspirada na legislação de diversos países acerca do mesmo tema. Tal Ação, de acordo com o texto formulado, inclui o confisco de bens de origem ilícita ante a ausência de comprovação de sua legalidade, permitindo o bloqueio e a recuperação de tais ativos, independentemente dos resultados obtidos em eventual ação penal.

Vê-se, nessa perspectiva, que o trato da matéria não se constitui em alevisia ou arbitrariedade. Opostamente, sugere-se sua compatibilidade com a estrutura jurídica do *civil law* - aqui em especial com o sistema brasileiro. Noutras palavras, o fundamento necessário e suficiente à procedência da Ação Civil em análise - descolada do processo penal respectivo - circunscreve-se à prova da origem ilícita do patrimônio, com base em um juízo de verossimilhança, associada à ausência de uma contraprova que ateste que referido bem fora obtido em decorrência de uma atividade lícita, por parte de quem o reclama. Tal análise há de se fundar, nesse sentido, em um sopesamento tendente a aferir a compatibilidade entre o patrimônio em litígio e a renda de origem lícita do seu titular.

Tal Projeto de Lei, em seu art. 7º, prevê que, havendo fundadas razões para se supor a origem ilícita de bens, direitos, valores, patrimônios e incrementos, recairá sobre o

propostas ações e recomendações a serem cumpridas por seus diversos integrantes, as quais passam a receber um acompanhamento sistemático quanto ao seu efetivo adimplemento. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/lavagem-de-dinheiro/enccla/enccla>>. Acesso em: 17.12.2013.

⁴⁸ Ação 03 da ENCCLA 2010: "Retomar a análise do anteprojeto de Extinção de Domínio", a cargo da AGU - Advocacia Geral da União.

⁴⁹ Trata-se do PL 5.681/2013, da Câmara dos Deputados, que "*Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências*", atualmente sujeito à apreciação das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania e de Tributação e Finanças, daquela Casa Legislativa Federal, sendo que, desta última Comissão, já obteve parecer favorável do relator, datado de 15.10.13, pela sua compatibilidade e adequação financeira e orçamentária e, no mérito, pela sua aprovação, estando atualmente retirado de pauta em razão de requerimento formulado por um Parlamentar.

Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=578983>>. Acesso em: 14.12.2013.

proprietário ou possuidor o ônus da prova da sua licitude. Mais uma vez, presente a inversão do ônus da prova. Por outro lado, referida Ação, de acordo com o mesmo projeto (art. 11 e seguintes), há de ser ajuizada contra o titular dos bens⁵⁰, direitos ou valores e, no caso de sua não-identificação, em face dos detentores, possuidores ou administradores e ainda, em última análise, contra réu incerto, que será citado por edital, do qual constará a descrição dos bens. Quanto à destinação dos bens submetidos ao confisco, o mesmo projeto prevê em seu art. 24 que, preferencialmente, tal patrimônio expropriado será destinado a órgãos públicos responsáveis por atividades nas áreas de educação ou segurança, mediante regulamentação específica para tal fim. Observe-se que as peculiaridades que conformam referido Projeto de Lei brasileiro em nada alteram a lógica e essência da Ação Civil de Confisco já em vigor em diversos outros ordenamentos jurídicos afiliados ao sistema de *civil law*, conforme já detalhado alhures.

3. O adimplemento das condições da ação, no processo civil, dentro do modelo de Ação Civil de Confisco

Propõe-se agora testar se a Ação que ora se analisa apresenta estrutura e elementos compatíveis com as exigências processuais fixadas para a admissibilidade de uma Ação Civil plasmada no modelo estatuído no Código de Processo Civil português, análogo aquele fixado na legislação brasileira correlata, sobre o assunto. Trata-se de investigação que parte de uma avaliação dos diversos dispositivos legais existentes acerca do tema, sem descurar do direito material propriamente dito, quando trata de Ação cujo objeto é expropriar propriedade privada, através de um juízo de verossimilhança, que aponta para a sua suposta origem inidônea.

Não se tenciona esgotar o assunto, mas apenas perscrutar acerca de caminhos possíveis, a partir do direito posto e com a perspectiva concreta de alterações legislativas que se revelem essenciais às adequações que eventualmente se façam necessárias, de modo que o

⁵⁰ Diferentemente da concepção albergada pelo direito anglo-saxônico, em que a Ação é ajuizada em face da coisa, que figura no pólo passivo da relação jurídico-processual, consoante já exaustivamente discorrido.

princípio da realização da justiça e a concretização do direito se possam promover e tornar mais palpáveis, em cada caso concreto que a realidade se nos apresente.

A análise tentará analisar as condições da Ação e seu adimplemento, confrontando-se o direito posto na legislação portuguesa (que guarda ampla similitude com o direito brasileiro, nessa matéria) com as peculiaridades inerentes à nova modalidade de Ação Civil de Confisco, cuja viabilidade jurídica ora se testa, dentro da perspectiva de um direito processual civil consentâneo com o sistema de *civil law*.

3.1 - A legitimidade do Estado como autor e o seu interesse de agir

De acordo com o que preconiza o art. 30º do Código de Processo Civil português, o autor constitui-se em parte legítima quando é detentor de interesse direto em demandar. Já o réu ostenta tal condição quando possui interesse direto em contraditar os argumentos formulados em seu desfavor pelo autor. Melhor explicitando o referido *caput*, o nº 2 do mesmo dispositivo legal estatui que o interesse em demandar se centra, justamente, na utilidade que possa defluir da procedência da ação, enquanto o interesse em contradizer, nos prejuízos que possam aflorar dessa procedência.

Ora, depreende-se assim que, ao Estado, no seu poder-dever de coibir a criminalidade e, ademais, de restaurar a legalidade e o equilíbrio das relações sociais, incumbe adotar medidas que se prestem, de forma eficaz e dentro de um prazo razoável, a reduzir os resultados patrimoniais favoráveis eventualmente obtidos através de atividades delitivas, desviados, portanto, de comportamentos lícitos e, ademais, que ofereçam riscos ao próprio equilíbrio da oferta e da procura, na medida em que conturbem as leis do livre mercado e da livre concorrência, através do enriquecimento ilícito e sem causa.

Nesse contexto, incumbe-lhe adotar medidas judiciais, na condição de autor, visando restaurar a legalidade, inserindo-se, nesse diapasão, a possibilidade e legitimidade para propor Ações judiciais, na esfera civil, que tenham por objeto a expropriação de bens ou haveres aparentemente obtidos através de práticas criminosas, dès que haja previsão legal positivada para tanto, contida no sistema jurídico interno. No que se refere à legitimidade de partes, temos de um

lado o Estado, enquanto ente incumbido de pleitear a recuperação dos bens de origem suspeita, com indícios de associação a práticas criminosas. Nessa perspectiva, age o Poder Público em defesa de toda a sociedade, até porque não haverá um terceiro individual que detenha em si mesmo tal legitimidade.

O interesse do Estado também se consubstancia na possibilidade de, mediante o confisco de tais bens obtidos por meios ilícitos, revertê-los em favor de terceiros lesados com a prática criminosa, reinvesti-los no aperfeiçoamento de entidades que se ocupem da prevenção e combate ao crime ou, finalmente, aproveitá-los em prol de setores públicos essenciais, tudo consoante as opções legislativas positivadas que discorrerem acerca da destinação dos bens objeto de confisco. Num passar de olhos pela Constituição da República Portuguesa, identificam-se facilmente diversos objetivos primordiais do Estado, impassíveis, portanto, de serem negligenciados ou alterados pelo legislador ordinário, a quem incumbe, ao revés, implementar instrumentos legais voltados ao seu eficaz adimplemento.

A partir de tais ditames, há de se concluir que a atividade estatal não se encontra de todo plasmada pela discricionariedade, na medida em que deve se pautar por critérios de atuação voltados ao cumprimento de seu papel primordial conformado no Texto Constitucional, como adiante se verá. Já o art. 1º da Constituição estatui que Portugal é uma República soberana, calcada na dignidade da pessoa humana e voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Da mesma forma, o art. 2º dispõe que um dos objetivos da República Portuguesa consiste, justamente, na concretização da democracia econômica, cultural e social.

Finalmente, nessa mesma perspectiva, o art. 9º da referida Carta Constitucional⁵¹ assinala como tarefas fundamentais do Estado a garantia da independência nacional e a construção de condições políticas, econômicas, sociais⁵² e culturais que a promovam.

⁵¹ Além da tarefa de *"promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais"*, prevista no citado dispositivo constitucional.

⁵² Na mesma esteira de pensamento, destaquem-se as incumbências prioritárias do Estado catalogadas nas Alíneas a) e b) do art. 81º da CRP: *"Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável"*, além de

Ora, não há caminho possível para a promoção de uma igualdade material entre os cidadãos que não perpassa pelo investimento em políticas públicas, somente realizáveis através da arrecadação de impostos e do combate ao crime. Nessa medida, o Estado não pode se desincumbir dos deveres constitucionais que lhe são afetos sem que passe a adotar condutas que possam interferir, de modo eficaz, na preservação do equilíbrio de mercado⁵³, coibindo práticas ilícitas e agindo no combate ao crime, com foco, notadamente, nos proveitos patrimoniais obtidos a partir de atividades desviadas da legalidade.

Tudo isso a fim de se evitar que tais ganhos permaneçam no uso e gozo dos criminosos, sobretudo para que não reinvestam em novas condutas delitivas ou, por outra, deles façam uso para se eximirem de uma condenação final em eventuais processos criminais, através da contratação de grandes escritórios de advocacia ou de tentativas de práticas ilegais associadas à corrupção ou a nefastas influências junto a agentes públicos que possam, de alguma forma, interferir e atender a seus ilegítimos interesses, consistentes na atenuação ou exoneração de suas responsabilidades ou, ainda, na obtenção de informações privilegiadas que lhes possam interessar, sempre com objetivos escusos e que podem consistir, inclusive, na excessiva procrastinação do feito tendente à incidência da prescrição e que opera em favor da sensação social de impunidade e do estímulo ao crime.

Em análise à Constituição Brasileira, dispositivos análogos são encontrados, valendo destacar o art. 1º, inc. I, que aponta como princípio fundamental da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁵⁴. Já os seus objetivos fundamentais consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de assegurar o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, atenuando as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem comum⁵⁵. Vê-se que as parcelas da população

"promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento..."

⁵³ E aí não se pode deixar de referir à alínea f) do art. 81º da CRP, que prevê como dever do Estado: *"assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas,... e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral"*.

⁵⁴ Art. 1º, inc. IV, da CF.

⁵⁵ Art. 3º, inc. I *usque* IV da CF.

brasileira ainda situadas em níveis econômicos abaixo daqueles suficientes à satisfação das necessidades básicas de subsistência humana reafirmam e robustecem, ainda mais, o ônus estatal de combater as atividades ilícitas e de coibir as inoculações, no mercado, de capitais provenientes de condutas criminosas, as quais fomentam, ainda mais, as desigualdades sociais e a pobreza daqueles excluídos do mercado formal de trabalho. Todas as considerações aqui apontadas e extraídas de mandados constitucionais corroboram o interesse de agir do Estado - indelegável e irrenunciável - o qual pode restar concretizado, inclusive, através da Ação Civil de Confisco de que trata o presente estudo.

3.2- A condição do réu (o titular do bem ou o próprio bem?) e a autonomia da Ação Civil (no que concerne ao pedido e à causa de pedir)

A posição do réu, em regra, está associada ao seu interesse direto em contradizer a demanda, a partir de eventual prejuízo ou repercussão que venha a suportar, de forma mediata ou imediata, na esfera de seu acervo de direitos e garantias. Há de se observar que, tradicionalmente, a estrutura do processo civil - e do processo penal, com ainda mais ênfase - consolida-se através da colocação, nos dois polos da relação, de pessoas - físicas ou jurídicas - que se prestem a sustentar posições em defesa dos interesses que consideram legítimos e de que se julgam titulares. Desse modo, a ideia de se ter uma coisa (móvel, imóvel ou ainda, recursos ou fundos monetários) no pólo passivo da relação se constitui em abstração jurídica ou em construção ficta, que se presta a individualizar, de forma mais precisa, o objeto da Ação de Confisco de que ora se trata: assim é o sistema vigente no direito anglo-americano, sendo que o proprietário do bem ou o seu detentor, em verdade, é quem, de fato, pode adotar medidas visando desconstituir a tese da parte autora, mas sempre em face do bem objeto de confisco e de cuja origem ilícita se trata.

Há discussões, no curso de Ações como a que ora se discute, acerca da suposta violação à 8ª Emenda à Carta Constitucional Americana (*Bill of Rights*), que trata da proibição de aplicação de penas excessivas, incomuns e cruéis. Entretanto, tal questão restou superada, ao argumento de que a natureza mesma dessa espécie de Ação Civil de Confisco conduz a uma

análise inadequada do princípio da proporcionalidade em relação à referida Emenda. Isso porquanto se está a falar de uma Ação "em face da coisa", e não "em face de um acusado - pessoa física". Tal construção jurídica associa, destarte, a figura do acusado à propriedade em si (*actio in rem*), o que faz com que a culpa ou inocência (culpabilidade) do titular da coisa se revele constitucionalmente irrelevante⁵⁶, nessa seara. É como se fosse possível falar, por abstração jurídica, ao revés, em **culpa** ou **inocência** da propriedade.

A diferença fulcral entre as duas hipóteses circunscreve-se, ao que parece, à natureza não penal das Ações que ora se analisam, o que lhes afasta da ideia de inflição de sanção ou de pena criminal a alguém (*actio in personam*), nada obstante o aspecto de que, na prática, a expropriação pode configurar, sim, uma sanção *lato sensu*, talvez uma das mais duras, dada a sua eficácia e intensidade, consistente na perda de ativos integrantes do acervo de seu titular ou detentor, ainda que em caráter precário ou eivado de ilegitimidade. Não se pode olvidar - é certo - e assim relembra referido *decisum*⁵⁷ - que a 8ª Emenda foi acolhida com o objetivo de limitar os poderes do Estado. Também é correto concluir que sua incidência se volta ao processo criminal, como de resto se observa dispositivo similar na Constituição Portuguesa (art. 25º, nº 2) e na Constituição Brasileira (art. 5º, inc. XLVII). Isto posto, prevaleceu o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, com essa perspectiva, não haveria que incidir nas *Actio in Rem*⁵⁸.

Observa-se que o núcleo da questão se cinge em garantir e oportunizar, através do devido processo legal, a formulação de argumentos e contraprovas ao quanto descrito na inicial, por parte de quem se julgue em risco de suportar prejuízos decorrentes de eventual procedência em Ação Civil de Confisco, circunstância essa que, a propósito, há de lhe conferir

⁵⁶ Nesse sentido: Civil Action U.S. Coin & Currency, 401 U.S. 715 (1971). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/715/>>. Acesso em: 12.13.2013, p. 1.

⁵⁷ Civil Action Nº 966, Docket 94-6179. U.S. v. *all funds on deposit in any accounts maintained in the names of Meza or De Castro*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300391.html>>. Acesso em: 12.12.13, p. 3-4.

⁵⁸ Tal assunto será mais detidamente aprofundado quando se analisar o sistema jurídico português, em face do que preleciona o art. 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

legitimidade para integrar o feito⁵⁹ e exercitar, através de todos os meios de prova em direito admitidos, a garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse diapasão, observa-se que, se a opção do legislador resultar na positivação de uma Ação Civil de Confisco *in rem*, tal circunstância, por si só, não constitui óbice ao regular desenvolvimento do processo, na medida em que se terá que discutir a circunstância de possuir ou não a coisa em litígio vinculação com os lucros ou vantagens auferidos em atividade criminosa, independentemente de quem a detenha, a qualquer título. Com isso, reafirma-se a possibilidade de se tratar de uma Ação absolutamente desvincilhada de eventual Ação Penal em curso, na qual se apura a responsabilidade subjetiva do agente criminoso, plasmada em princípios diversos e em aspectos afetos à culpabilidade e à imputabilidade do acusado, conceitos de matriz penal, em sua essência. Ademais, não há se falar em litispendência já que, confrontando-se ambas as Ações, verifica-se que os pedidos formulados são distintos, ou seja, pretende-se, obter, em cada uma das situações, efeitos jurídicos absolutamente diversos⁶⁰.

Da mesma forma, a causa de pedir também é dissemelhante. Na primeira situação - Ação Civil - o objeto (pedido) é o confisco de coisa que, pelas aparências fáticas e de acordo com os elementos de prova disponíveis e colacionados pelo Estado, fora obtida de forma ilícita (causa de pedir) e, portanto, encontra-se passível de ser expropriada, dada a ilegitimidade da propriedade de quem a detenha. Já na última hipótese, ou seja, em se tratando de Ação Penal, somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia, *a posteriori*, resultar em eventual confisco de bens, como consectário exauriente da decisão final criminal, vinculado à comprovação da responsabilidade penal do agente.

Trasladando o conceito de "causa de pedir" para a seara criminal, poder-se-ia identificá-la na prática criminosa em si e no conseqüente interesse e dever do Estado de proceder a sua apuração de forma regular e ordinária, consoante os regramentos processuais penais e

⁵⁹ De acordo com o que dispõe o n° 2, parte final, do mesmo artigo 30° do CPC português (interesse no contraditório).

⁶⁰ Nesse sentido, há de se observar o que disciplina o art. 581° do CPC português, quando dispõe que a litispendência pressupõe identidade de pedidos (fins de obtenção do mesmo efeito jurídico) ou identidade de causa de pedir (pretensões calcadas em fato jurídico idêntico).

constitucionais aplicáveis à espécie. Quanto ao pedido, na Ação Criminal consiste na condenação do acusado nas penas previstas em lei, o que se constitui no fim último do direito penal, quanto às finalidades preventivas e repressivas a ele inerentes.

3.3 - A possibilidade jurídica do pedido de confisco em face da coisa e sua conformidade com o caráter relativo do direito de propriedade

O pedido de confisco formulado pelo Estado se presta a expropriar patrimônio ilicitamente obtido, porquanto vinculado a atividade criminosa, de acordo com provas carreadas aos autos ou produzidas no curso da Ação Civil. Tal pedido há de ser calcado na ilegitimidade do exercício do direito de propriedade e deve ser formulado de modo a individualizar adequadamente a coisa, estabelecendo um nexo de causalidade entre a causa de pedir (sua procedência ilícita) e o pedido (o confisco), de modo que haja plena compatibilidade entre ambas as condições da Ação⁶¹.

Ora, o direito de propriedade é relativo, na medida em que somente restará tutelado pelo sistema jurídico quando sua aquisição se revelar compatível com a legalidade e a boa fé. Há, inclusive, dispositivo da Constituição brasileira que prevê a possibilidade de confisco para bens relacionados com o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 243, CF⁶²). Finalmente, a relatividade do direito de propriedade (art. 5º, *caput*, CF) encontra-se consubstanciada justamente no inc. LIV⁶³ do mesmo dispositivo legal. Ademais, o próprio código civil brasileiro, em seu art.

⁶¹ De acordo com o art. 186º do CPC português, quando trata das circunstâncias que levam à inépcia da petição inicial. De igual forma, conforme previsto no art. 552º, alíneas "d" e "e", do mesmo diploma legal.

⁶² "Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias".

⁶³ "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

884, preconiza que será devida restituição monetariamente corrigida do quanto auferido por parte de quem haja enriquecido sem justa causa, à custa de outrem.

Ora, tal dispositivo legitima a necessidade de que eventuais acréscimos patrimoniais juridicamente injustificados possam ser objeto de medidas ou ações judiciais voltadas à restauração da legalidade, como a Ação Civil que se ora analisa. Do mesmo modo, a Lei 8.429/92, que prevê a punição daqueles que praticam atos de improbidade administrativa⁶⁴, através de um processo de natureza civil (Ação Civil Pública), institui a possibilidade de perda civil⁶⁵ dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio de servidor público ou de terceiro beneficiado. Por tudo o quanto exposto, resta concluir que a possibilidade jurídica do pedido, ao menos *in abstracto*, revela-se consolidada, através de uma interpretação sistemática de todos os comandos constitucionais e legais acima expostos.

Já na Constituição Portuguesa, não há referência expressa ao direito de propriedade no rol dos direitos, liberdades e garantias. Entretanto, o art. 18º, nº 2 estatui a exigência de que direitos somente sejam restringidos⁶⁶ na medida do necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados. Por outro lado, a expressão "*nos termos da Constituição*" estatuída na parte final do art. 62º da Constituição da República Portuguesa, que trata do direito de propriedade, parece firmar o caráter relativo de tal direito, justamente a partir da instituição de uma "*cláusula geral da conformação social da propriedade*"⁶⁷.

⁶⁴ Nos termos da referida legislação, consistem em atos que provocam enriquecimento ilícito (hipótese mais severa), prejuízo ao erário, ou apenas, malferimento aos princípios da administração pública, tratando-se, nesse sentido, de um correlato do crime de corrupção, de cunho civilístico, ressaltando-se a autonomia das punições nas esferas penal e civil, conforme previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

⁶⁵ Art. 6º "*No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio*".

⁶⁶ Sobre o assunto: "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 28.

⁶⁷ *In* "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em:

É certo que, na seara penal, a possibilidade de restrição do direito de propriedade resta pacificada e consolidada, quando se trata de tutelar os valores da segurança das pessoas, da moral ou da ordem pública, elementos constitutivos do Estado de Direito democrático⁶⁸, tanto em caráter processual cautelar, quanto de providência definitiva, ao cabo de um processo criminal transitado em julgado. Apesar da apreensão e perda de bens a favor do Estado, nessas hipóteses, estar a atrelada a um processo penal (principal ou acessório), a justificativa do confisco se associa, de modo indefectível, à suspeita da origem ilícita do bem que se busca expropriar, dada a presunção de que tenha sido obtido como produto ou vantagem patrimonial de atividade criminosa, notadamente na área econômico-financeira.

De tudo o quanto analisado, parece-nos não haver incongruência jurídica entre a Ação Civil de Confisco⁶⁹ que ora se estuda e os sistemas jurídicos brasileiro e português, o que, na hipótese de introdução de previsão legal expressa, resultará na possibilidade jurídica do pedido, perante a autoridade judicante competente, nos termos das leis de divisão e organização judiciária de direito interno.

4. A compatibilidade da lógica ritualística proposta - de *lege ferenda* - com os princípios do processo civil vigente, em relação à recuperação de ativos

A Ação Civil de Confisco sugere se tratar de uma Ação Declarativa constitutiva modificativa⁷⁰, já que visa à expropriação de determinado bem, com a sua consequente

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 27. Em destaque, o Acórdão nº 194/99.

⁶⁸ Conforme Acórdãos do Tribunal Constitucional Português nºs 7/87; 340/87 e 294/2008.

⁶⁹ Inclusive quando já há precedentes que admitem a extinção do direito de propriedade, na seara civil, sem direito a compensação ou indenização (ainda que em situação distinta da que ora se analisa), quando ao suposto titular do bem não assistem razões legítimas que possam configurar injusto encargo ou prejuízo sofrido. Conf. Acórdão nº 157/2003.

⁷⁰ Trata-se de alterar a titularidade de bens ou valores vinculados a particulares, através do seu confisco em favor do Poder Público ou de outro ente por ele indicado, o que resulta na produção de um novo efeito jurídico material, alcançável através da sentença a ser prolatada. In MACHADO, Antônio Montalvão e outro. O novo processo civil. Coimbra: 2011, Edições Almedina SA., p. 43-5.

destinação ao Estado ou a terceiro, resultando em uma alteração na ordem jurídica preexistente⁷¹. O rito há de ser o comum (ordinário), com peculiaridades que podem resultar inseridas pela própria lei que eventualmente vier a integrar o sistema jurídico posto, a exemplo da previsão de medidas cautelares⁷² específicas voltadas à garantia, em sede precária, da efetiva satisfação do quanto restar ao final decidido. O processo civil português sofreu recente alteração legislativa que lhe foi capaz de imprimir um ar de modernidade e celeridade processual, descolando a figura do juiz da tradicional "apatia" processual, arrancando-lhe as vendas e aproximando-o das partes, sem que isso lhe haja subtraído a necessária imparcialidade para julgar. Nesse sentido, não se destacam os princípios da gestão processual (art. 6º, CPC)⁷³, da adequação formal⁷⁴ e da cooperação⁷⁵, o qual se associa ao princípio da auto-responsabilidade das partes.

Em relação a este último princípio, diz-se que o mesmo também se pode subsumir na simples possibilidade de que o juiz, do exercício de sua íntima convicção, interprete desfavoravelmente eventual omissão da parte em apresentar elementos de prova necessários à ratificação de sua versão processual acerca dos fatos que lhe prejudicam⁷⁶, após o cotejo de todo o acervo probatório disponibilizado no curso do processo. Em se tratando de Ação Civil de Confisco, cuja compatibilidade com o sistema jurídico posto ora se testa, poder-se-ia assim entender quando o titular ou detentor da coisa, como maior interessado em tal providência defensiva, na condição de parte ou de proprietário da *res*, tendo ciência do ajuizamento de Ação Civil de Confisco em face de bem que integra seu acervo patrimonial, não envida esforços no sentido de contestar, através de meios de prova plausíveis, a origem supostamente ilícita do bem, a fim de lhe evitar a expropriação.

⁷¹ Art. 10º, número 3. "c", do CPC português.

⁷² A exemplo do arresto ou sequestro de bens, para evitar o seu desaparecimento.

⁷³ Que se agrega ao princípio do inquisitório, consistente na exigência de que o magistrado adote meios visando à apuração da verdade e à justa composição do litígio, constante do art. 411º do mesmo diploma legal.

⁷⁴ Art. 547º do CPC português, o qual prevê que o juiz deve adotar uma postura mais flexível, buscando implementar uma tramitação adequada às especificidades da causa, inclusive em questões atinentes à forma e ao conteúdo, buscando otimizar a gestão processual, no interesse de viabilizar um processo equitativo.

⁷⁵ Contido no art. 7º do CPC, que reafirma a responsabilidade de todos aqueles envolvidos no processo (inclusive as partes e o próprio magistrado) em cooperar no sentido de se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

Diante do quanto exposto, deflui-se que o processo civil passa a ostentar um viés ritualístico menos rígido, porquanto mais suscetível a adequações consentâneas com as peculiaridades que o caso *in concreto* encerra, como forma de se lhe emprestar sua verdadeira finalidade instrumental, de busca de produção de uma solução justa, em tempo razoável, sem que se descure da garantia de igualdade das partes⁷⁷ e da oportunidade para que as mesmas possam lançar mão de todos os meios de prova que julgarem oportunos e suficientes à formação da convicção jurisdicional que põe termo ao processo, com apreciação meritória. Tudo com supedâneo no princípio da boa fé processual, previsto no art. 8º do CPC, consistente no ânimo de agirem os sujeitos processuais com espírito cooperativo, sem oferecerem subterfúgios ou óbices inamovíveis à obtenção da verdade processual que se almeja alcançar.

4.1. O princípio da eficiência no processo civil e sua aplicabilidade aos processos de recuperação de ativos

Se a Ação Civil que ora se discute se presta a viabilizar a expropriação de bens supostamente havidos de atividades criminosas, dentro da esteira de um processo civil, respeitando-se, é certo, as garantias devidas às partes em um sistema regrado e contraditório, parece-nos que a hipótese revela alternativa apta a consubstanciar a ideia de um processo eficiente, na medida em que se constitui em elemento idôneo ao oferecimento de respostas adequadas e satisfatórias à proteção e concretização de direitos materiais, através da efetiva transformação da realidade⁷⁸.

Noutra perspectiva, está-se a reforçar primados de difícil alcance prático pelas vias tradicionais do direito penal, quando se trata de consolidar a ideia de que o agente criminoso não deve se valer de subterfúgios atinentes a dificuldades probatórias ou ao abuso no manejo dos

⁷⁶ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. *Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3a ed. Coimbra: Coimbra ed., 2013, p. 183.

⁷⁷ Art. 13º da CRP e 4º do CPC. Especificamente em relação à Ação Civil de Confisco, ainda não inserida na legislação pátria, tal igualdade há de ser aferida quanto ao exercício de faculdades e de meios de defesa no curso do processo, de forma a se evitarem quaisquer privilégios para o Estado, que figuraria como parte autora, ainda que se venha a admitir a inversão do ônus da prova, como adiante será melhor detalhado.

recursos processuais de defesa para se manter incólume a qualquer tentativa jurídica voltada à subtração das vantagens financeiras e patrimoniais que auferiu através de atividades permeadas de ilicitude. Ora, a expropriação de produtos do crime tem se revelado, na prática, procedimento custoso e de difícil execução, posto que somente exercitável na esfera criminal após o completo exaurimento do processo judicial instaurado em desfavor do autor do fato criminoso.

De acordo com Euclides Dâmaso Simões⁷⁹, os principais objetivos da perda ou confisco de bens oriundos de atividades criminosas⁸⁰ seriam justamente o reforço aos institutos da prevenção geral e especial, consubstanciado através da demonstração de que *o crime não compensa*; a restrição das possibilidades de reinvestimento no crime dos ganhos ilegalmente obtidos, revertendo-os, por outra, na indenização de vítimas ou no aparelhamento de entidades voltadas ao combate ao crime - e, finalmente - a redução dos riscos de concorrência desleal decorrentes do ingresso de lucros ilícitos em atividades empresariais. Esta última hipótese - impende registrar - na maioria das vezes, viabiliza-se através de processos de lavagem ou branqueamento de capitais.

A experiência dos Tribunais revela as fragilidades práticas do direito penal em matéria de resultados concretos em desfavor do delinquente, as quais, em última análise, fortalecem a ideia, para o criminoso, de que os fins justificam os meios. Nessa concepção⁸¹ estaria a noção de que, em termos concretos, haveria um baixo risco de efetiva punição pelo crime perpetrado, aliado à satisfação pessoal do agente com a conduta delitativa perpetrada, a qual pode ser decorrente, em larga medida, da ideia de que apenas a sujeição a uma pena criminal tradicional não possui o condão de eliminar o sentimento de compensação material que emana do crime. De forma lapidar, a pena funcionaria como um custo, e, ainda assim, eventual, de um

⁷⁸ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. O princípio da eficiência no processo civil. Tese de doutoramento em direito processual da USP - Universidade de São Paulo, 2010, p. 166.

⁷⁹ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Projecto Fenix (Asas para a recuperação de activos). Comunicação feita em Zamora, Espanha, pelo Procurador-Geral, publicada (em espanhol) no livro *"Cooperación Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa"*: Granada, Editorial Comares, 2011.

⁸⁰ E, nesse caso, está-se falando de uma criminalidade reditícia, utilizando-se de termo adotado por Pedro Caeiro, quando se refere aquele nicho de criminalidade que visa ao auferimento de lucros financeiros. In: CAEIRO, Pedro, op cit, p. 269.

⁸¹ CAEIRO, Pedro, op cit, p. 275.

benefício econômico⁸². Aí reside, portanto, a importância e necessidade de que se reinventem e robusteçam outros métodos e processos idôneos a reverter essa lógica perversa, que contraria os ideários de realização do direito.

Por via de um processo civil, inaugura-se a possibilidade de obtenção de um título executivo judicial de perdimento ou confisco, voltado ao bem, cuja origem lícita não se logrou demonstrar durante toda a instrução, totalmente desvinculado da sistemática probatória inerente a um processo criminal. Trata-se de Ação visando à perda de bens em favor do Poder Público e, nessa hipótese, exsurge a possibilidade de o interessado elidir a presunção aventada pelo Estado⁸³ (através do Ministério Público), submetida que será ao contraditório. Assim, a verdade há de ser aferida através do sopesamento entre os indícios *ab initio* apresentados e que amparam a presunção da origem ilícita do patrimônio e os meios e provas manejados em sede de defesa para corroborar eventual alegação de licitude da origem do patrimônio *sub judice*.

4.2 - O princípio da livre apreciação da prova e o juízo de verossimilhança

Os sistemas brasileiro e português baseiam-se no regime da livre apreciação das provas⁸⁴ para fins de julgamento do caso concreto, o que indica que o magistrado, valendo-se de critérios de ponderação, aprecia e avalia as realidades que lhe são postas pelas partes e decide sem se vincular a qualquer hierarquia entre as modalidades probatórias trazidas ao feito. Outro ponto que merece ser tomado em conta é que tal análise, a ser conduzida pelo magistrado, inspirada em sua prudente e íntima convicção acerca dos fatos controversos contidos nos autos, deve se alicerçar tanto em regras técnicas quanto em máximas da experiência, sem prejuízo do uso de conhecimentos pessoais de ordem lógico-dedutiva⁸⁵ que defluem das realidades da vida e das interações humanas vividas pelo julgador.

⁸² CAEIRO, Pedro, op cit, p. 275.

⁸³ Art. 9º, nº 1, da Lei nº 5/2002.

⁸⁴ Há quem diga se tratar de um sistema híbrido ou misto e não "da prova livre", ao argumento de que, nalguns casos, a lei fixa formalidade especial para a existência ou prova de um fato qualquer ou estipula um valor legal a um certo e determinado meio de prova (hipóteses de prova legal ou tarifada). In ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010, p. 275-6.

⁸⁵ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Op. cit. p. 275.

Se assim não o fosse, todas as decisões judiciais poderiam ser absolutamente previsíveis, quando a realidade, ao revés, demonstra que, dependendo do magistrado, pode-se chegar a resultados de julgamentos diametralmente opostos, com base no mesmo direito positivado e na mesma realidade analisada, sem que se possa falar *ab initio* em erro judiciário ou em julgamento parcial ou destituído da necessária isenção por parte do órgão julgante.

Isso porquanto muito de cada decisão se baseia nas distintas formas com que cada magistrado acolhe ou analisa os elementos probatórios que são coligidos aos autos, justamente a partir de sua formação pessoal e pré-conceitos acerca de fatos e realidades. Tal maleabilidade e fluidez se revela ainda mais robusta quando se está a tratar não da comprovação direta de um fato, mas de provas ou elementos indiciários, imanentes a um juízo de verossimilhança, pautado em uma presunção natural ou judicial⁸⁶: essa a realidade de que se dispõe quanto à hipótese de uma Ação Civil de Confisco.

Por óbvio que a liberdade quanto aos meios de prova a serem manejados somente se refere àqueles que o sistema jurídico não repute ilícitos ou ilegítimos. Por outro lado, também não se pode deixar de reconhecer que tal liberdade de julgamento não se pode confundir com arbítrio judiciário, tratando-se, ao revés, de discricionariedade regrada, que suscita o dever de fundamentação explícita das razões que ensejaram cada conclusão por parte do magistrado, justamente para que se possa viabilizar, de forma ampla, a garantia do direito à recorribilidade das decisões prolatadas, com o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Efetuada tais ponderações, pode-se concluir que se está a falar de um juízo de valor a ser exercitado às claras, pautado em critérios de prudência e razoabilidade e que, na prática, reflete muito da formação psicológica e filosófica do ente julgador, do qual não se pode exigir o nível de uma certeza categórica, mas sim, de um juízo de probabilidade ou verossimilhança⁸⁷, extraído de tudo o quanto lançado nos autos, a pretexto de suportar as alegações das partes, com a subsunção⁸⁸ do fato à norma.

⁸⁶ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Op. cit. p. 275.

⁸⁷ Sobre o assunto, interessantes as observações de Ovídio Batista da Silva quando afirma: "...*verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade, restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da retórica, como 'ciência do*

Nesse sentido, a noção de verossimilhança muito se associa à própria ideia do reconhecimento de que o magistrado não atua com a possibilidade de restaurar a verdade absoluta dos fatos, tampouco de obter certeza irretorquível em relação aos elementos probatórios que lhe são apresentados pelas partes. Até o dever de prova do autor há de ser mitigado, quando a situação demonstra a dificuldade de ordem prática⁸⁹ de que o mesmo possa apresentar, de pronto, elementos de prova suficientes à comprovação do quanto alegado.

Obtemperem-se, contudo, que a Lei nº 5/2002, de 11.01.2002, de conteúdo penal e que trata do estabelecimento de medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira já prevê, em seu art. 7º, a possibilidade de "*inversão do ônus da prova*" quando se trata de presumir como de origem ilícita a diferença entre o patrimônio real do condenado (ou de terceiros em seu favor), por algum dos delitos previstos no art. 1º do mesmo diploma legal, e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito. Conclui-se, assim, que, em Portugal, a legislação vigente já admite tal inversão do ônus da prova, em sede de execução/liquidação e como consectário sancionador de uma condenação criminal⁹⁰, cujo processo em nada compromete o princípio da presunção de inocência, tampouco malfeire o devido processo legal ou os princípios do contraditório e da ampla defesa.

provável', a que se chega através de um juízo de probabilidade". In SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 338.

⁸⁸ RANGEL, Rui Manoel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

⁸⁹ Nesse sentido, leciona Marinoni: "*a regra de que o autor deve provar o que alega, que é o fundamento do procedimento ordinário, não é adequada a todas as situações carentes de tutela. Quando é impossível ou muito difícil a demonstração da alegação, não se deve exigir um grau de certeza incompatível com a situação concreta, devendo ocorrer a 'redução do módulo de prova', aceitado-se um grau de verossimilhança suficiente, ou a verdade possível. De nada adianta permitir alegar se ao autor é impossível, ou muito difícil, provar. In MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.*

⁹⁰ José da Cunha critica o transplante de uma ideia anglo saxônica para o direito português, ao argumento de que se está diante de sistemas distintos de relação entre o Estado e o particular, afirmando que tal opção legislativa teria resultado em um mecanismo muito alargado de presunção em favor da Administração. Entretanto, não deixa de reconhecer que o *adversary system* americano, em matéria criminal, que relativiza o princípio da obrigatoriedade penal, não se aplica, em regra, a crimes graves como os que resultam na possibilidade de ulterior confisco. *In CUNHA, José Manuel Damião da. "Perda de bens em favor do Estado". Direito Penal Econômico e Europeu: Textos doutrinários, vol. III, 2009: Coimbra ed., p. 145.*

4.3 - A compatibilidade das inovações propostas com o princípio do contraditório, no processo civil

Parte-se do pressuposto de que o sistema processual não pode perder de vista o seu caráter instrumental, a ponto de subtrair as possibilidades concretas de decisão meritória de lides, tanto na seara penal, quanto civil. Os litígios não devem, portanto, ser estendidos por prazos excessivamente longos, a pretexto do adequado exercício do contraditório ou da ampla defesa.

Inobstante suporte o autor, tradicionalmente, o dever de comprovar os fatos descritos na inicial e, por outro lado, seja imputado ao réu o ônus de opor elementos que possam elidir os argumentos invocados na peça vestibular, modificativos ou extintivos do direito aventado, o que configura, em última análise, o princípio do contraditório⁹¹, não se pode deixar de reafirmar a necessidade de que as partes atuem de forma cooperativa, com vistas à busca da verdade e à justa composição do litígio⁹². Isto posto, deflui-se que o encargo da prova há de recair, de forma efetiva, sobre a parte que se encontra em melhor situação para a produzir, o que se revela verdadeiro estímulo para que o acervo probatório seja oferecido pelo litigante que, em termos concretos, goze de mais facilidades para auxiliar a descoberta da verdade⁹³.

A concepção que emerge da espécie de Ação em estudo sugere que o Estado, na condição de autor, deve fornecer elementos indiciários suficientes a revelar a origem ilícita dos bens cujo confisco pleiteia. Por outro lado, de acordo com o raciocínio acima, é à parte demandada que incumbe contraditar tal presunção, através da apresentação dos elementos probatórios de que disponha, com maior facilidade⁹⁴, idôneos à comprovação de que aquela suposição aventada pelo autor não se revela verossímil, malgrado todos os indícios sinalizarem nesse sentido, em face das práticas criminosas perpetradas pelo titular do bem e que sugerem sua origem contaminada pela ilicitude.

⁹¹ Art. 3º, nº 3 e 5º, nº 1, CPC.

⁹² Princípio da cooperação - art. 7º - nºs. 1 e 2, do CPC português.

⁹³ In RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2000, p. 146.

⁹⁴ É o próprio legislador, já na justificação sobre a sanção penal de perdimento de bens (Lei 5/2002) que afirma que "*não é excessivo impor à pessoa condenada o ônus de provar a licitude de seus rendimentos*".

Diante de tais considerações, o que se percebe é que o sistema jurídico moderno requer um modelo de processo civil com repartição do *onus probandi*, sem que isso configure a exigência de produção probatória em prejuízo da parte que a oferece, tudo com vistas a uma tramitação processual em tempo razoável, com a admissibilidade de todos os meios de prova em direito admitidos, sem qualquer cerceamento ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Tal concepção vai ao encontro do que preconiza também o princípio da auto-responsabilidade das partes, na medida em que a parte demandada, diante da presunção apresentada pelo Poder Público e que aponta para a grande probabilidade de que os bens em litígio tenham sido obtidos como vantagens de atividade criminosa, deixe de atuar no sentido de demonstrar a impropriedade dos argumentos formulados, optando por uma conduta omissiva negligente ou inconclusiva⁹⁵, a despeito de ser o principal interessado em preservar o seu patrimônio ou, por outra, apesar de dispor mais facilmente dos elementos probatórios necessários à contraprova que militaria em seu auxílio.

Deixando de agir com diligência e eficiência⁹⁶, com vistas à formação da convicção do magistrado, omite-se de forma deliberada o demandado - apesar da igualdade de armas⁹⁷ que lhe fora oportunizada - o que pode lhe custar um julgamento desfavorável⁹⁸, após o esgotamento da análise de todos os elementos trazidos ao feito - ainda que de modo indiciário - a ser efetuado pelo ente julgador, que decide de acordo com a sua íntima convicção, de forma

⁹⁵ Sem se descurar de que tanto o direito processual civil português quanto o brasileiro adotam o sistema de *ficta confessio*, que equipara a revelia e a não impugnação especificada à confissão, admitindo a confissão ficcionada como verdadeira forma de intervenção do réu no processo. In FREITAS, José Lebre de. Estudos sobre direito civil e processo civil. Volume I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2009, p. 33.

⁹⁶ Atente-se para a possibilidade de que se reconheça hipótese de inversão do ônus da prova (art. 344º, nº 2 do CC português) quando uma parte houver culposamente tornado impossível a prova à outra, o que pode consistir na simples recusa injustificada em disponibilizar os elementos probatórios de que dispõe o réu, para contestar os argumentos do autor. In RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo processo civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 232.

⁹⁷ Art. 20º da Constituição Portuguesa, que assegura o tratamento equitativo das partes no processo civil em suas duas vertentes: o direito à discussão contraditória e o direito à igualdade de armas. In FREITAS, José Lebre de. Op. cit., p.31-2.

⁹⁸ In ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010, p. 245-7.

motivada e com base em uma liberdade de apreciação das provas carreadas aos autos e, ainda, com inspiração na postura exercitada pelas partes, durante o curso do processo.

Pontue-se que do demandado não se pode reclamar a produção de prova "para além de dúvida razoável"⁹⁹, ou seja, exige-se-lhe demonstrar que, malgrado as evidências em contrário, os bens em litígio não possuem como causa provável a atividade criminosa que lhe é imputada, em sede de um processo criminal. Noutras palavras, basta que comprove que os bens cuja origem ilícita se invoca não integram o "patrimônio não congruente" de seu titular, ou seja, aquele que extrapola os frutos de seus ganhos lícitos.

5. À Guisa de Conclusão. A supremacia do interesse público e sua concretização através de uma nova ação em que o Estado é parte, na defesa de interesses supra individuais. A necessidade de efetivação prática da máxima de que *o crime não compensa*

Sob o ponto de vista teleológico, está-se diante de uma espécie de Ação em que o Estado atua em prol da restauração da legalidade, contribuindo para o esvaziamento ou redução das possibilidades de reinvestimento dos bens objeto de expropriação em novas práticas criminosas, podendo-os reverter em prol da coletividade, na consecução dos objetivos fundamentais insculpidos na Carta Constitucional. Por via reflexa, em relação ao detentor do bem, estar-lhe-á sendo subtraído qualquer resultado prático positivo eventualmente advindo de práticas ilícitas, o que talvez se reflita em uma sanção maior do que a própria pena criminal que eventualmente lhe venha a ser posteriormente infligida.

E não se queira opor censuras éticas à atitude do legislador na busca de mecanismos procedimentais que, na prática, possam otimizar a operacionalização dessa

⁹⁹ Tais raciocínios foram empreendidos a partir da Lei 5/2002 (Portugal), que disciplina a perda de bens a favor do Estado enquanto sanção criminal. *In* CUNHA, José M. Damião da. *Op. Cit.*, p. 22-3.

expropriação de bens de origem supostamente ilícita: antes de se pretender sugerir que o Estado estaria adotando a mesma lógica do criminoso¹⁰⁰, fala-se em consecução de resultados através de uma atividade jurisdicional submetida ao contraditório e, portanto, sob os auspícios do devido processo legal, que reflete novas searas de realização do Direito, como fim último do sistema jurídico posto.

Cuida-se de reconhecer que os fins políticos acima enunciados estariam a justificar alguma limitação aos tradicionais e liberais princípios processuais¹⁰¹, dada a gravidade e o desafio que a criminalidade reditícia impõe ao Estado democrático de direito. Ora, de nada adiantam teorias que procurem analisar os graus de culpabilidade e responsabilidade subjetiva de um agente pela prática de atos desviantes se não se puder efetivamente subtrair do delinquente todos os frutos positivos obtidos através do crime (e, aí, referimo-nos especificamente aos produtos e proveitos econômicos da prática delitiva).

Intentou-se, neste trabalho, demonstrar a viabilidade jurídica e política, de *lege ferenda*, de se promoverem adequações legislativas, nos países de tradição de *civil law* - como Brasil e Portugal -, no sentido de se compatibilizarem os sistemas jurídicos nacionais com os princípios estabelecidos nas normativas internacionais voltadas ao combate ao crime, sobretudo quando se trata da criminalidade organizada. Vale o registro, neste contexto, do princípio da proibição da proteção deficiente, que reflete o dever do Estado de atuar no sentido de viabilizar a produção da verdadeira justiça e promover a pacificação social, adotando mecanismos e ajustando o sistema jurídico, de modo a conduzir-se com eficiência, na busca de soluções adequadas para os litígios, fundadas em critérios de razoabilidade e prudência que possam concretizar os objetivos maiores do Estado, contidos na Carta Constitucional.

Só assim será possível se falar em mecanismos jurídicos capazes de inculcar na mente do criminoso e, igualmente, no imaginário popular, a ideia de que o crime não compensa e que não se revela justificado para o agente perseverar no crime, dados os riscos concretos de

¹⁰⁰ CAEIRO, Pedro, op cit, p. 276.

¹⁰¹ O argumento foi utilizado em relação aos princípios processuais penais e, como maior razão, podem ser estendidos ao processo civil, quando se trata de combater o uso e gozo dos ganhos decorrentes de atividade criminosa. In CUNHA, José M. Damião da. Op. Cit., p. 50-1.

sofrer sanções que possam comprometer seu patrimônio e, por conseguinte, impor danos severos à sua própria sobrevivência, impedindo-lhe o usufruto do quanto obtido através de suas práticas delitivas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *In* Revista Português de Ciência Criminal. Ano 21, n.º 2, abril-Junho 2011, Coimbra ed.

CUNHA, José Manuel Damião da. "Perda de bens em favor do Estado". Direito Penal Econômico e Europeu: Textos doutrinários, vol. III, 2009: Coimbra ed.

FREITAS, José Lebre de. Estudos sobre direito civil e processo civil. Volume I. 2a ed. Coimbra: Coimbra ed., 2009.

_____. Introdução ao processo civil. *Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3a ed. Coimbra: Coimbra ed., 2013.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. O princípio da eficiência no processo civil. Tese de doutoramento em direito processual da USP - Universidade de São Paulo, 2010.

LOPES, Nilza Teixeira Rodrigues. *Medida de combate ao crime organizado: ação civil de extinção de domínio, uma análise do direito comparado*. Dissertação apresentada ao programa de pós graduação *strictu sensu* em Direito internacional econômico da Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2012 (112 p.).

MACHADO, Antônio Montalvão e outro. O novo processo civil. Coimbra: 2011, Edições Almedina SA.

MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.

RANGEL, Rui Manoel de Freitas. O ónus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo processo civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Rel.). O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português (54 p.).

Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013.

RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Projecto Fenix. (Asas para a recuperação de activos). Comunicação feita em Zamora, Espanha, pelo Procurador-Geral, publicada (em espanhol) no livro "Cooperación Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa": Granada, Editorial Comares, 2011.

SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: da perda ampliada à *action in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). Julgar *on line*, 2009.